

Arbitra

Belgian Review of Arbitration

Revue belge de l'Arbitrage

Belgisch Tijdschrift voor Arbitrage

Belgische Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit

2019/

Editorial Board / Comité de rédaction / Redactiecomité / Redaktionskomitee

Jean-Francois Tossens - Annet van Hooft

Editors-in-chief / Rédacteurs en chef / Hoofredacteurs / Schriftleitung

Lisa Bingham - Olivier Caprasse - Luc Demeyere - Werner Jabnel - Jan Kleinbeisterkamp -

Maud Piers - Erica Stein - Herman Verbist

Members of the Editorial Board / Membres du Comité de Rédaction /

Leden van het Redactiecomité / Mitglieder des Redaktionskomitees

Caroline Verbruggen

Secretary / Secrétaire / Sekretaris / Sekretär

Scientific committee / Comité scientifique / Wetenschappelijk comité / Kuratorium

Guy Kertzen

President / Præsident / Voorzitter / Vorsitzender

Georges-Albert Dal, Filip De Ly, Antonias Dimolisa, Johan Erauw, Michel Flamée,
Bernard Hanotiau, Pierre Karrer, Stefan Kröll, Thalia Kruger, Philippe Lambrecht,
Françoise Lefèvre, Didier Matray, Pierre Mayer, Piet Taelman, Hans Van Houtte



The Belgian Centre for Arbitration and Mediation

Le Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation

Het Belgische Centrum voor Arbitrage en Mediatie

Das Belgische Zentrum für Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation

Under the scientific direction of CEPANI, the Belgian Centre for Arbitration and Mediation

Sous la direction scientifique du CEPANI, le Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation

Onder wetenschappelijke leiding van CEPANI, het Belgische Centrum voor Arbitrage en Mediatie

Unter der wissenschaftlichen Leitung von CEPANI, das Belgische Zentrum für Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation

Subscription price / Prix d'abonnement / Abonnementsprijs / Jahresabonnement:

112.59 euro

Price per issue / Prix du numéro simple / Prijs per nummer / Preis pro Einzelheft:

110,57 euro

Responsible editor / Editeur responsable /

Verantwoordelijke uitgever / Verantwortlicher Herausgeber

Paul De Ridder

Walters Khurwe

Raghenno Business Park

Molsstraat 30

2800 Mechelen

Orders / Commandes / Bestellungen

Wolters Kluwer

Raghenno Business Park

Motstraat 30

2800 Mechelen

Tel. 015 78 76 00

ISSN: 2593-0877

BP/BARBIT MG



Wolters Kluwer

Table of Contents/Sommaire/ Inhoudstafel/Inhaltsverzeichnis

Editorial.....	5
----------------	---

Articles/Doctrine/Rechtsleer/Aufsätze

Aligning Dispute Resolution Processes with Global Demands for Change: Enhancing the Use of Mediation and Arbitration in Combination...	7
--	---

Dilyara Nigmatullina

United Nations Convention on International Settlement Agreement Resulting from Mediation.....	53
---	----

Herman Verbist

Hello, DIS Rules 2018 – An Introduction to the Revised Arbitration Rules of the German Arbitration Institute (DIS).....	87
---	----

Tilman Niedermaier & Falco Kreis

The Three Card Trick – Reflections on Third Party Opposition in Arbitration, Arbitrability and the Belgian Arbitration Law's Transitional Regime in light of CFI Brussels (Fr.), 12 April 2018.....	117
---	-----

Maarten Draye

Case law/Jurisprudence/Rechtspraak/Rechtsprechung

Bruxelles (18 ^e ch. F) RG 2016/AR/2048, 29 août 2018.....	173
--	-----

Note: The Validity of FIFA's Arbitration clauses (*Adriaan Wijckmans*).....

Bruxelles, (18 ^{ème} Ch. F.) RG 2013/AR/1830, 25 octobre 2018.....	201
---	-----

Note : L'exception de juridiction fondée sur une convention d'arbitrage : un *momentum* à respecter (*Maxime Berlingin*).....

Brussel (1e k.) 2015/AR/208 28 november 2017 en 11 september 2018 ...	217
---	-----

Noot: De aansprakelijkheid van de arbiter: welke lessen te trekken? (*Luc Demeyere*).....

239

Comm. Hainaut (div. Tournai) (3 ^e ch.), A/16/00637, 21 décembre 2016....	247
---	-----

Kh. Antwerpen (afd. Hasselt) (4e k.) A/16/02442, A/15/03687, 13 juli 2017	253
---	-----

Note: Arbitrability of exclusive distributorship agreements with application of foreign law confirmed by Belgian courts after the reform of the Belgian arbitration law of 2013 (*Herman Verbist & Johan Erauw*).....

263

Book reviews/Recensions/Boekbesprekingen/ Buchbesprechungen

R. Wilhelmi, M. Stürner, Post-M&A-Schiedsverfahren – Recht und Rechtsfindung jenseits gesetzlichen Rechts, Springer, 302 pages	287
--	-----

Sigvard Jarvin

5.2. Review of the Statutes

The second consequence of the judgment relates to the Statutes of the FIFA and possibly those of other sports federations.

Articles 57.1 and 59.2 of the 2018 FIFA Statutes are still completely identical to Articles 66.1 and 68.2 of the 2015 Statutes which were the subject of the Seraing case. The current FIFA regime remains therefore open to the same criticism as that set forth in the Seraing judgment. It is reasonable to expect that FIFA will not take unnecessary risks in this respect and will ensure that the arbitration provisions in its Statutes are amended so as to ensure that the defined relationships to which the provisions apply are specified to a greater extent.

The foregoing applies by extension to the Statutes of all other sports federations that wish to have their cases submitted to the CAS. Also for such other federations, CAS jurisdiction can only be secured by means of a valid arbitration agreement. Such federations are well advised to review their Statutes in order to ensure that they do not attract similar criticism and, if that risk exists, to amend the relevant provisions in line with the Seraing judgment.

6. Conclusion

It is striking that a judgment rendered by a national court attracted so much attention from the international press. This is most likely due to FIFA's and UEFA's involvement in the case and the somewhat unexpected outcome. A proper assessment of the reasoning of the judgment and its legal consequences demonstrates however that many press commentaries were not entirely appropriate.

We are keenly awaiting the judgment on the merits of the case. Even though the judgment of the Brussels Court of Appeals will only apply to the Belgian territory, a holding to the effect that FIFA's TPO ban is incompatible with EU law would be revolutionary and highly controversial. If such a judgment would be rendered, commotion in the media would be substantially more justified.

Bruxelles, (18^{ème} Ch. F.) RG 2013/AR/1830, 25 octobre 2018

s.a. R. / F.s.p.r.l.

Président ff : M. Salmon

Conseillers : H. Reghif, C. Verbruggen

Avocats : S. Eskenazi

Résumé

1. En vertu de l'article 1682, § 1^{er}, du C. jud., l'exception liée à un déclinatoire de juridiction en raison d'une convention d'arbitrage doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de défense (*in limine litis*). Cette obligation est respectée lorsque l'exception est proposée dans les premières conclusions déposées devant le premier juge et avant que les débats sur le fond aient été entamés.
2. Une partie ne peut prétendre que le défendeur n'est pas lié par la convention qui contient la clause d'arbitrage alors que sa demande est fondée sur cette convention. Une telle position est contraire à la logique, au principe d'exécution de bonne foi des conventions et à la loyauté procédurale.

**Déclinatoire de juridiction – Convention d'arbitrage –
Proposé in *limine litis* (art. 1682, § 1^{er}, C. jud.)
Principe d'exécution de bonne foi – Loyauté procédurale**

Summary

1. Pursuant to Article 1682 § 1 B.J.C., the courts dismiss the pending litigation where the matter is the subject of an arbitration agreement (unless the arbitration agreement is invalid or has ceased to exist), provided that the objection is raised before any other objection or defense (*in limine litis*). Objection is

timely where it is submitted by the party with its first statement on the substance of the dispute.

2. A party may not pretend that the defendant is not bound by the agreement incorporating the arbitration clause where its demand is grounded on that agreement. Such a position is contrary to logic, to the principle that obligation must be performed in good faith, and to the principle of fairness of the debates.

Arbitration objection – Raised *in limine litis* (Article 1682, § 1 B.J.C.)
Principle that obligations must be performed in good faith –
Principle of fairness of the debates

(...)

I. Exposé des faits utiles à l'appréciation du litige

(...)

II. Antécédents de procédure et demandes formées devant la cour

2. Le 22 février 2011, F. cite la s.a. R. devant le tribunal de commerce de Nivelles.

Elle poursuit sa condamnation à lui payer, selon ses dernières conclusions, la somme de 77.481,64 €, à majorer des intérêts compensatoires au taux prévu par la loi du 2 août 2002 sur 30.008,54 € et des intérêts au taux légal sur 31.112,63 € jusqu'au parfait paiement et des dépens.

Selon le dispositif de ses conclusions (cfr. infra), la s.a. R. conclut au défaut de juridiction du tribunal, en raison d'une clause d'arbitrage. A défaut, à l'irrecevabilité de la demande. A titre subsidiaire, elle conclut à son non-fondement et forme une demande reconventionnelle, par laquelle elle postule la condamnation de F. à lui payer des dommages et intérêts à hauteur de 6.000 €, outre sa condamnation aux dépens.

3. Par son jugement du 6 octobre 2011, le tribunal se déclare compétent et dit l'action recevable. Il remet la cause à une audience ultérieure pour permettre aux parties de faire part de leurs observations sur la mise en état de l'affaire au fond.

S'agissant de la convention d'arbitrage, le tribunal considère en substance que l'exception de défaut de juridiction a été soulevée *in limine litis*, mais que la

s.a. R., qui y serait tiers, ne peut se prévaloir de la convention d'arbitrage figurant dans la convention conclue par Mme A.

4. La s.a. R. interjette appel de ce jugement par requête du 29 août 2013. Elle demande à la cour de mettre le jugement à néant et, statuant à nouveau, de constater l'absence de juridiction en raison de la clause d'arbitrage ; à titre subsidiaire, se déclarer territorialement incompétente ; plus subsidiairement, dire les demandes irrecevables et non fondées, et statuant sur la demande reconventionnelle, la dire recevable et fondée et condamner F. à lui payer 6.000 € à titre de dommages et intérêts, outre les dépens des deux instances.
5. F. conclut au non-fondement de l'appel principal et à la condamnation de la s.a. R. aux dépens, avec une indemnité de procédure taxée à son montant maximal, vu la caractère manifestement dilatoire du recours. Son conseil a indiqué à l'audience du 4 octobre 2018 que F. renonce à sa demande de renvoi au premier juge.
6. L'appel, régulier en la forme, est recevable, ce qui n'est pas contesté.

III. Discussion

Déclinatoire de juridiction

(i) Position des parties

7. La s.a. R. invoque en conclusions un déclinatoire de juridiction, en raison de la clause d'arbitrage qui figure à l'article 5.16 de la convention du 6 mai 2010.

8. F. fait valoir que ce déclinatoire de juridiction n'a pas été proposé avant toute autre exception ou moyen de défense, en telle sorte que la s.a. R. en est déchu.

Elle en serait aussi déchu dès lors qu'elle a introduit judiciairement une demande reconventionnelle.

Enfin, la clause d'arbitrage figurant dans la convention du 6 mai 2010 ne serait pas opposable à la s.a. R. qui n'y est pas partie.

(ii) Appréciation par la cour

9. L'article 1682 § 1^{er} du Code judiciaire dispose que :

« Le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare sans juridiction à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne

ce diffère la convention ne soit pas valable ou nait pris fin. À peine d'irrecevabilité, l'exception doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de défense » (mise en évidence ajoutée).

L'exigence que l'exception soit proposée avant toute autre exception et moyen de défense vise à empêcher que l'exception ne soit proposée après que le débat se soit noué au fond et que l'autre partie et la juridiction aient légitimement pu penser que l'exception ne serait pas soulevée.

Pour les motifs admis par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 octobre 2008 (R.A.B.G., 2009, p. 763, note P. Van Lersberghe), s'agissant de la portée de la même condition figurant à l'article 854 du Code judiciaire en ce concerne l'exception d'incompétence, motifs que la cour adopte, cette obligation est respectée lorsque l'exception (ici : l'exception de juridiction) est proposée dans les premières conclusions déposées devant le premier juge et avant que les débats sur le fond aient été entamés. Lorsque plusieurs exceptions sont proposées dans les premières conclusions déposées devant le premier juge, leur ordre est indifférent (Cass. 17 octobre 2008, précité). Interpréter la règle différemment constituerait un excès de formalisme (cfr dans le même sens, la doctrine postérieure à l'arrêt du 17 octobre 2008, notamment M. Baetens-Spetchinsky, « L'ordre des défenses », in H. Boularbah et J.F. Van Drooghenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Conf. Jeune Barreau, Larcier, 2010, p. 245 et s. ; H. Boularbah et X. Taton, « Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques », *ibidem*, p. 113 et s.).

10. Dans ses premières conclusions déposées devant le tribunal de commerce, la s.a. R. comporte, dans son chapitre II « En Droit », une partie intitulée « Préliminaire » et une partie intitulée « Au fond ».

Dans la partie « Préliminaire », la s.a. R. fait valoir sous un titre « A » que « la demande est irrecevable en raison de la manque de tout lien contractuel entre la concluante et la demanderesse » (sic) et dans un titre « B » que « En ordre subsidiaire : votre siège est dépourvu de juridiction, vu la clause d'arbitrage ».

Par contre, dans le dispositif de ses mêmes conclusions, cette partie demande au tribunal, « En ordre principal » de « se déclarer sans juridiction dans la présente cause », et « dans la mesure où le tribunal se considérerait quand même compétent pour prendre connaissance de la présente cause, de déclarer les demandes principales de la demanderesse irrecevables ». En ordre subsidiaire, elle demande ensuite de dire les demandes non fondées.

L'inversion de l'ordre des exceptions entre le corps des conclusions et le dispositif est cependant sans incidence.

Le déclinatoire de juridiction a en tout état de cause bien été proposé par la s.a. R. dans ses premières conclusions devant le premier juge, et avant toute défense au fond, de sorte que ce déclinatoire de juridiction est recevable.

La s.a. R. n'est pas non plus déchu de son déclinatoire de compétence du fait qu'elle a formé une demande reconventionnelle, celle-ci ayant été formée en ordre subsidiaire, en même temps que ses défenses au fond.

11. F. fait valoir que la s.a. R. ne peut pas invoquer la clause d'arbitrage figurant dans la convention du 6 mai 2010 parce qu'elle n'est pas partie à celle-ci. Il est exact que, selon le texte de la convention du 6 mai 2010, seule Mme A. l'a conclue comme client de F., et non la s.a. R.

Cependant, il n'est pas contesté que F. fonde son action vis-à-vis de la s.a. R. sur cette convention : elle lui réclame le paiement de factures émises sous le couvert de cette convention, de même que la clause pénale et l'indemnité de rupture qui y sont prévues.

Dès lors que F. fonde son action vis-à-vis de la s.a. R. sur la convention du 6 mai 2010, cela implique qu'elle considère que la s.a. R. est liée par elle, soit pour y avoir été représentée par Mme A., ou pour y avoir adhéré par la suite, ou pour toute autre cause que F. s'abstient de préciser (cfr, concernant les différentes mécanismes qui peuvent avoir pour effet qu'un « tiers » devient lié par une convention d'arbitrage, l'analyse de H. Verbist, « Draagwijdte van het arbitragebeding ten aanzien van derden », in *L'arbitrage et les tiers. Arbitrage en derden*, CEPANI, Bruylant, 2008, p. 29 et s.).

F. ne peut prétendre que la s.a. R. n'est pas liée par la convention du 6 mai 2010 en ce qui concerne la convention d'arbitrage.

Une telle position est contraire à la logique, au principe d'exécution de bonne foi des conventions et à la loyauté procédurale. La cour ne peut y avoir égard et l'écarte.

12. Il résulte de ce qui précède que le déclinatoire de juridiction fondé sur la clause arbitrale est fondé.

Le jugement est réformé en ce sens.

(...)

L'exception de juridiction fondée sur une convention d'arbitrage : un *momentum* à respecter

Maxime Berlingin

Chargé d'enseignement à l'UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au Barreau de Bruxelles – *Partner* Fieldfisher

1. Introduction

1. La Cour d'appel de Bruxelles (18^e chambre – affaires civiles) a rendu le 25 octobre 2018¹ un arrêt aux termes duquel elle se prononce quant à la portée de l'exigence énoncée par l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire suivant laquelle le déclinatoire de juridiction reposant sur l'existence d'une convention d'arbitrage doit être soulevé *in limine litis*, soit avant toute autre exception et moyen de défense.

2. La Cour fait, ensuite, une application du principe suivant lequel, comme toute autre convention, la convention d'arbitrage peut sortir ses effets à l'égard d'une personne même en l'absence de consentement exprimé de cette dernière.

2. Faits soumis à la Cour

3. Les faits soumis à la Cour d'appel peuvent se résumer comme il suit.

La SPRL F. (demanderesse originelle) a conclu avec Madame A. (défenderesse originelle) une convention de prestation de services (ci-après la « Convention »).

L'article 5.16 de la Convention prévoit une clause d'arbitrage « selon les formes prévues au Code judiciaire », mais avec référence au « règlement de la chambre d'arbitrage de la chambre de commerce de Paris » en ce qui concerne certains aspects comme les frais et honoraires des arbitres.

4. Dans le cadre de l'exécution de la Convention, la SPRL F. a adressé différentes factures à la SA RGP qui est l'une des sociétés du groupe contrôlé par

¹ Bruxelles, 23 octobre 2018, RG n° 2013/AR/1830, publié ci-avant, p. 217.

Madame A. Certaines de ces factures se réfèrent d'ailleurs expressément à la Convention.

Ces factures sont, cependant, restées en tout ou partie impayées.

En l'absence de paiement malgré différents rappels, la SPRL F. a cité la SA RGP devant le Tribunal de commerce de Nivelles.

5. La SA RGP a soulevé un déclinatoire de juridiction en raison de l'existence d'une clause d'arbitrage dans la Convention.

Le Tribunal de commerce de Nivelles a rejeté le déclinatoire et s'est déclaré compétent estimant que l'exception avait bien été soulevée *in limine litis* mais que la SA RGP n'était pas partie à la convention d'arbitrage figurant dans la Convention conclue par Madame A.

La SA RGP a interjeté appel de ce jugement et demandé à la Cour d'appel de Bruxelles – notamment – de se déclarer sans juridiction en raison de la présence d'une clause d'arbitrage.

La Cour d'appel a estimé que le déclinatoire de juridiction soulevé par la SA RGP était bien fondé et a, en conséquence, réformé le jugement précité du Tribunal de commerce de Nivelles.

3. Le déclinatoire de juridiction fondé sur l'existence d'une clause d'arbitrage doit être soulevé *in limine litis*

6. Les parties à une convention sont libres d'y prévoir une clause d'arbitrage par le biais de laquelle elles décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles, pour autant qu'ils soient arbitrables. L'objet d'une telle clause est donc de renoncer au droit de voir les différends concernés tranchés par les juridictions de l'ordre judiciaire.

7. Si un litige survient entre les parties contractantes et qu'il est malgré tout soumis à une juridiction de l'ordre judiciaire, cette dernière devra se déclarer sans juridiction en application de l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire, pour autant que l'exception de juridiction soit soulevée par le défendeur. Le déclinatoire tiré d'une clause d'arbitrage n'est, en effet, pas d'ordre public et ne pourrait, en conséquence, pas être soulevé d'office par le juge².

² G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 87 ; Ph. De BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 121.

En outre, le déclinatoire doit être soulevé *in limine litis*, soit avant toutes autres exceptions et moyens de défense, comme le relève expressément l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire.

8. Dans l'arrêt annoté, la Cour d'appel de Bruxelles se prononce quant à la portée de cette exigence suivant laquelle l'exception de juridiction doit être proposée avant toutes autres exceptions et moyens de défense.

Fort logiquement, et comme la doctrine autorisée l'avait fait jusque-là³, la Cour a raisonné par analogie et s'est fondée sur l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2008⁴. Cet arrêt de la Cour de cassation avait décidé, en matière d'exception d'incompétence – et non pas de juridiction – que la condition prévue à l'article 854 du Code judiciaire suivant laquelle cette exception doit être soulevée avant toutes autres exceptions et moyens de défense, est remplie si l'exception est proposée dans les premières conclusions déposées devant le premier juge et avant que les débats sur le fond aient été entamés. La Cour avait, en outre, précisé que si plusieurs exceptions sont proposées dans les premières conclusions déposées devant le premier juge, leur ordre est indifférent.

La Cour d'appel de Bruxelles a confirmé dans l'arrêt annoté qu'il en est de même en matière de déclinatoire de juridiction fondé sur l'existence d'une clause d'arbitrage en application de l'article 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire.

La Cour ajoute à raison que le fait qu'une demande reconventionnelle ait été formulée à titre subsidiaire – en même temps que les défenses au fond – n'emporte pas la déchéance du droit d'invoquer le déclinatoire de juridiction⁵.

9. *A contrario*, le déclinatoire de juridiction ne pourra plus être accueilli s'il est invoqué pour la première fois dans les conclusions additionnelles⁶, lorsqu'une action a été introduite devant un tribunal qui se déclare incompétent

³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 213 ; Ph. De BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 121.

⁴ Cass. 17 octobre 2008, *R.A.B.G.*, p. 763, note P. VANLERSBERGHE ; *R.G.D.C.*, 2011, p. 70, note B. VAN DEN BERGH.

⁵ L'arrêt précise : « La SA [RGP] n'est pas non plus déchu de son déclinatoire de compétence du fait qu'elle a formé une demande reconventionnelle, celle-ci ayant été formée en ordre subsidiaire, en même temps que ses défenses au fond ». Il s'agit, cependant, en l'espèce, d'un déclinatoire de juridiction et non de compétence comme l'indique par erreur la Cour d'appel.

⁶ Civ. Bruxelles, 17 mars 2000, *J.T.*, 2001, p. 740.

ratione loci et renvoie l'affaire devant un autre tribunal⁷ ou encore en degré d'appel⁸.

10. La doctrine relève, en outre, que l'obligation de soulever l'exception de juridiction *in limine litis* suppose une phase contentieuse.

En conséquence, si le défendeur n'a pas invoqué l'existence d'une clause compromissoire dans le cadre d'une conciliation, cela ne porte pas préjudice à son droit de soulever le déclinatoire de juridiction une fois la procédure au fond engagée⁹. En effet, la conciliation n'est qu'un préalable à l'introduction de la procédure, soit la phase contentieuse du litige¹⁰.

Il en va de même au stade de la déclaration d'une créance dans le cadre d'une faillite puisque le fait de savoir si la créance sera contestée n'est pas encore connu à ce moment¹¹.

11. Même si la Cour d'appel n'y fait pas référence dans l'arrêt annoté, il convient de préciser que la Cour de cassation a rendu d'autres arrêts qui devaient, également, s'appliquer par analogie en matière de déclinatoire de juridiction justifié par l'existence d'une clause compromissoire. Ainsi, bien que leur ordre soit indifférent, la Cour de cassation requiert quand même que la partie qui soulevé l'existence d'un déclinatoire doive le formuler de manière cohérente dans l'exposé de ses moyens. Dès lors, selon la Cour, le déclinatoire doit logiquement être soulevé avant un défaut d'intérêt¹².

Par ailleurs, la Cour de cassation ne s'en tient plus aux seules conclusions écrites et a considéré que le fait de conclure verbalement en vue de marquer son accord sur une mesure d'expertise sans contester au préalable la

⁷ Comm. Malines, 23 janvier 1998, *JIRV*, 1998, p. 101.

⁸ Anvers, 7 septembre 2005, R.G. n° 2001/AR/2152 et 2159, inédits cités par G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. 1, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 213.

⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. 1, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 213 ; J.P. Zottegem, 23 juin 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 378.

¹⁰ J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, vol. 2, Limal, Anthémis, 2019, p. 178.

¹¹ Comm. Gand, 13 novembre 2001, *TGR*, 2002, p. 232 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. 1, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 213.

¹² Cass., 21 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 293, obs. M. BAETENS-SPETSCHINSKY ; J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, vol. 1, Limal, Anthémis, 2018, p. 297 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », *Les défenses en droit judiciaire*, dir. H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBOECK, Bruxelles, Larcier, JBB, 2010, p. 77.

compétence du juge saisi, implique la volonté certaine de poser le problème sur un autre plan que celui de la compétence¹³.

12. À défaut d'avoir soulevé le déclinatoire de juridiction *in limine litis*, l'exception sera déclarée irrecevable, les parties étant, dans cette hypothèse, réputées avoir renoncé au bénéfice de la clause compromissoire.

On relèvera utilement à cet égard que cette règle ne s'applique pas en matière de demande visant à l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires. En effet, l'article 1683 du Code judiciaire précise expressément que le recours aux juridictions étatiques à cet effet n'implique pas une renonciation à la convention d'arbitrage¹⁴.

13. Notons enfin qu'en application de l'article 1682, § 2, du Code judiciaire, le fait qu'une juridiction de l'ordre judiciaire soit saisie n'empêche pas les parties d'engager ou de poursuivre une procédure arbitrale.

Dans cette hypothèse, le tribunal arbitral est même autorisé à rendre une sentence.

4. Opposabilité de la clause d'arbitrage

14. Comme indiqué ci-dessus, la Cour d'appel de Bruxelles a également été confrontée à la question de l'opposabilité de la clause d'arbitrage contenue dans la Convention à la SA R. qui n'en est pas signataire¹⁵.

¹³ Cass., 28 avril 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 988.

¹⁴ Une controverse existe toutefois quant à la possibilité de saisir le juge des référés en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires une fois que la procédure arbitrale a été initiée. Sur ce débat, voir J.-F. VAN DROOGHENBOECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, dir. A. SALETI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-F. VAN DROOGHENBOECK, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 203 et s. ; O. CAPRASSE, « Mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : conditions de l'intervention du juge des référés », *b-Arbitra*, 2015, pp. 343 et s. ; O. CAPRASSE, « Les grands arrêts de la Cour de cassation en droit de l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, pp. 146 et 147 ; D. DE MEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende maatregelen in arbitrage », *De nieuwe arbitragewet 2013*, dir. M. PIERS, Anvers, Intersentia, 2014, p. 71 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. 1, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 271 à 220 ; G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.I.D.C.*, 2014, p. 81.

¹⁵ Cette section se fonde, en partie, sur M. BERLINGIN, « L'extension de la convention d'arbitrage à des tiers participant à l'exécution du contrat au regard du droit belge », note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 9 juillet 2014, *b-Arbitra*, 2015/1, pp. 131 et s. ; Voir également C. DELFORGE et M. BERLINGIN, « Les clauses relatives à la résolution des différends. Les clauses de médiation et d'arbitrage », *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, dir. C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WERY, Brugge, de Keure, 2017, pp. 245 et s.

15. Pour rappel, la SPRL F. a conclu la Convention – qui contient la clause d'arbitrage – avec Madame A. et non avec la SA R. Or, c'est, en l'espèce, la SA R. qui en a réclamé l'application et soulevé un déclinatoire de juridiction. C'est la raison pour laquelle le Tribunal de commerce de Nivelles a rejeté le déclinatoire et s'est déclaré compétent, estimant que la SA R. n'était pas partie à la convention d'arbitrage figurant dans la Convention.

La Cour d'appel ne va pas suivre ce raisonnement.

La Cour estime, en effet, que, dans la mesure où la SPRL F. fonde son action contre la SA R. sur la Convention, il convient d'en conclure que la SA R. est liée par cette convention et, en conséquence, par la clause d'arbitrage. La Cour estime, en effet, que « [...] la [SA RGP] est liée par [la Convention], soit pour y avoir été représentée par Mme [A.], ou pour y avoir adhéré par la suite, ou pour toute autre cause que [la SPRL F.] s'abstient de préciser ».

16. La clause compromissoire requiert le consentement des parties en cause de soumettre leur différend à l'arbitrage, consentement qui doit revêtir les qualités requises pour tout contrat.

La doctrine autorisée s'exprime sans ambiguïté à cet égard. Ainsi, les Professeurs KEUTGEN et DAL relèvent que « la validité de la convention d'arbitrage est subordonnée au consentement des parties en cause. Il faut donc que les parties expriment leur volonté de recourir à l'arbitrage. La volonté est le premier élément constitutif de la convention »¹⁶. De même, D. et G. MATRAY relèvent qu'« une clause d'arbitrage ne lie les parties que si elles l'ont acceptée. Leur consentement est une condition de validité du contrat et ce consentement doit revêtir les mêmes qualités que celles normalement requises pour tout contrat [...] »¹⁷.

¹⁶ G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. 1, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 107.

¹⁷ D. MATRAY et G. MATRAY, « La rédaction de la convention d'arbitrage », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 25. Voir également B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations. Multipartycontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 7.

La jurisprudence abonde dans le même sens, en subordonnant la validité de la convention d'arbitrage au consentement des parties¹⁸ et en se tenant à la règle suivant laquelle ladite convention ne lie que ceux qui y ont souscrit¹⁹. Il a ainsi été jugé qu'il ne suffit pas qu'une société mère ait marqué son accord sur le recours à l'arbitrage pour ses filiales, ces dernières, qui disposent d'une personnalité juridique propre, doivent marquer leur accord pour ce qui les concerne²⁰. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme relève que rien n'empêche les justiciables de renoncer à leur droit à un tribunal en faveur d'un arbitrage, à condition qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque²¹.

Le consentement est donc bien « la clef de voûte » de l'arbitrage²².

17. La partie qui se prévaut d'une clause d'arbitrage doit donc apporter la preuve qu'il y a un accord des parties pour écarter la compétence des juridictions ordinaires, accord qui peut n'être que tacite^{23, 24}.

Dans cette dernière hypothèse, comme c'est le cas pour toute convention, le consentement découle des circonstances concrètes de l'espèce qui permettent,

¹⁸ Voir dans ce sens la chronique de jurisprudence de G. KEUTGEN et A. GOESSENS, « L'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2003-2013 », *J.T.*, 2014, pp. 822 et 823 ; G. KEUTGEN, « Chronique de jurisprudence. L'arbitrage (1993-2003) », *J.T.*, 2004, p. 430 et références citées ; Anvers, 26 septembre 2005, R.G. n° 2002/AR/1301, inédit ; Anvers, 13 février 2006, R.G. n° 2004/AR/845, inédit ; Civ. Liège, prês, 14 septembre 1998, DAOR, 2000, p. 229. Voir également en arbitrage international les références citées par B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations. Multipartycontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, pp. 32 et s.

¹⁹ Comm. Tongres, 12 octobre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 113.

²⁰ Anvers, 19 septembre 2005, R.G. n° 2003/AR/3112, inédit cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, « L'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2003-2013 », *J.T.*, 2014, p. 823.

²¹ Cour eur. D.H., Suda c. République Tchèque, 28 octobre 2010, n° 1643/06 ; Cour eur. D.H., Osmo Suva-niemi et autres c. Finlande, 23 février 1999, n° 31737/96 ; Cour eur. D.H., Transado – Transportes Fluviais do Sado, S.A. c. Portugal, 16 décembre 2003, n° 35943/02.

²² B. HANOTIAU, « Les groupes de sociétés dans l'arbitrage commercial international », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats. Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 127.

²³ Anvers, 19 novembre 2003, R.G. 2003/6248 et Anvers, 24 novembre 2003, R.G. 2003/6322, cités par G. KEUTGEN, « Chronique de jurisprudence. L'arbitrage (1993-2003) », *J.T.*, 2004, p. 430.

²⁴ On rappellera à cet égard que l'article 1677 du Code judiciaire imposait l'existence d'un écrit, étant entendu que l'on considérait que cet écrit n'était exigé qu'*ad probationem* (D. PIRE, « La convention d'arbitrage », *Travaux offerts au Professeur A. Fétweis*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 31 et s.). Cette exigence n'est plus requise, même à titre probatoire, par le Code judiciaire à la suite de la réforme de la sixième partie du Code judiciaire intervenue en juin 2013. La convention d'arbitrage peut désormais être prouvée par toutes voies de droit.

« de manière implicite mais certaine, d'inférer un agrément [...] »²⁵, ²⁶ Il apparaît, dès lors, au juge ou à l'arbitre de décider si les circonstances de l'espèce permettent de conclure à l'existence d'une convention d'arbitrage. Ce sera, notamment, le cas lorsqu'un contrat a fait l'objet d'un acte d'exécution. Ainsi, le Tribunal de commerce de Hasselt a jugé qu'une convention d'arbitrage liait bien les parties à un contrat de sous-traitance, le sous-traitant ayant commencé à exécuter les travaux sans protestation à l'égard du projet de convention qu'il a reçu et qui contenait une clause compromissoire²⁷. La Cour d'appel d'Anvers conclut dans le même sens après avoir constaté la reconnaissance annuelle d'une police d'assurance dans laquelle figurait une telle clause²⁸. Ces deux décisions illustrent le principe suivant lequel l'acceptation tacite d'un contrat implique l'adhésion à toutes ses dispositions, en ce compris donc la clause compromissoire²⁹.

18. En outre, une clause d'arbitrage peut, dans certains cas, être étendue à des parties opui n'y ont pas personnellement ou directement consenti. La doctrine³⁰ dresse la liste des situations dans lesquelles une personne qui n'a pas consenti personnellement ou directement à la clause compromissoire peut se voir imposer les effets d'une clause à laquelle elle n'a pas personnellement au directement consenti. On peut, par exemple, penser à l'extension

²⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 162.

²⁶ Anvers, 19 novembre 2003, R.G. 2003/6248 et Anvers, 24 novembre 2003, R.G. 2003/6322, cités par G. KEUTGEN, « Chronique de jurisprudence. Arbitrage (1993-2003) », *J.T.*, 2004, p. 430.

²⁷ Comm. Hasselt, 14 juin 2000, *R.W.* 2000-2001, p. 1283.

²⁸ Anvers, 24 novembre 2003, R.G. n° 2003/6322, inédit, cité par G. KEUTGEN et G.-A. DAL, (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *Arbitrage en droit belge et international*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 112.

²⁹ Anvers, 3 octobre 2005, R.G. n° 2002/AR/1506, inédit cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, « Arbitrage. Chronique de jurisprudence 2003-2013 », *J.T.*, 2014, p. 823. Voir également Comm. Louvain, 17 octobre 2006, R.G. n° AR/04/603, inédit cité par la même source.

³⁰ D. MATRAY et G. MATRAY, « La rédaction de la convention d'arbitrage », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 34 et 35 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, (avec la collaboration de M. DAL et G. MATRAY), *Arbitrage en droit belge et international*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 211 et s. ; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multipartycontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 119 ; H. VERBIST, « Draagwijde van het arbitragebeding ten aanzien van derden », *Arbitrage et les tiers*, Actes du colloque du CEPANI du 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35 ; E. DE LY, « De arbitrageovereenkomst en groepen overeenkomsten », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats. Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 146 et s. ; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multipartycontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, pp. 7 et s. ; S. STIJNS, *Conclusies van de Studiedag van 19 november 2007. De arbitrageovereenkomst - Venootschaps groepen en groepen overeenkomsten*, non publié, p. 3.

d'une clause compromissoire à une partie qui n'est pas signataire mais qui est tenue par celle-ci en qualité d'ayant droit universel ou à titre universel. Il en est de même par application du mécanisme de la représentation, le cas échéant par le biais de la théorie de la confiance légitime. Ce sera également le cas à la suite d'une cession de contrat ou de créance, ou encore dans le cadre de chaînes de contrats translatifs de propriété, de sorte que, dans cette dernière hypothèse, le dernier acquéreur pourrait invoquer une éventuelle clause compromissoire contenue dans le contrat entre le fabriquant et le premier acheteur. On peut également penser au mécanisme de l'action directe, de la stipulation pour autrui ou encore à celui de la subrogation telle la subrogation en faveur de l'assureur³¹.

Ces mécanismes ont en commun de constituer des cas d'application « *van de heden daagse regels van de derdenwerking van contracten* » et des exceptions communément admises à ces règles en droit des obligations³².

19. En l'espèce, la Cour d'appel fait une application des principes énoncés ci-dessus en estimant que, bien qu'aucun accord exprès ne soit intervenu entre la SPRL F. et la SA R., ces dernières sont malgré tout liées par la convention d'arbitrage. La Cour, ne disposant pas des informations à cet égard, ne se prononce cependant pas sur le mécanisme emprunté pour arriver à ce résultat : « *Dès lors que [la SPRL F.] fonde son action vis-à-vis de la [SA R.] sur la convention du 6 mai 2010, cela implique qu'elle considère que la [SA R.] est liée par elle, soit pour y avoir été représentée par Mme A., ou pour y avoir adhéré par la suite, ou pour toute autre cause que [la SPRL F.] s'abstient de préciser [...]* ».

20. Sans que cela soit nécessaire à notre estime puisque la Cour a constaté le fait que la SPRL F. et la SA RGP étaient liées par une convention d'arbitrage, la Cour écarte finalement l'argument de la SPRL F. suivant lequel la SA RGP ne pourrait invoquer l'existence de la convention d'arbitrage sur la base de la logique, de l'exécution de bonne foi des conventions et de la loyauté procédurale.

³¹ À ce sujet, voir O. CAPRASSE et F. HENRY, « Le transfert de la clause d'arbitrage à l'assureur », Obs. sous Comm. Mons, 22 novembre 2012, *J.T.*, 2014, p. 121.

³² S. STIJNS, *Conclusies van de Studiedag van 19 november 2007. De arbitrageovereenkomst - Venootschaps groepen en groepen overeenkomsten*, non publié, p. 2.

Editorial

Jean-François Tossens & Annet van Hooff

Articles/Doctrines/Rechtsleer/Aufsätze

- Aligning Dispute Resolution Processes with Global Demands for Change: Enhancing the Use of Mediation and Arbitration in Combination
Dilyara Nigmatullina
- United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation of *Herman Verbist*
- Hello, DIS Rules 2018 – An Introduction to the Revised Arbitration Rules of the German Arbitration Institute (DIS) *Tilman Niedermair & Edoardo Kreis*
- The Three Card Trick – Reflections on Third Party Opposition in Arbitration, Arbitrability and the Belgian Arbitration Law's Transitional Regime in light of CFI Brussels (Fr.), 12 April 2018. *Maarten Druye*

Case law/Jurisprudence/Rechtspraak/Rechtsprechung

- Bruxelles (18^e ch. F), RG 2016/AR/2048, 29 août 2018
Note: The Validity of FIFA's Arbitration Clauses
(Adriaan Wijckmans)
- Bruxelles, (18^{ème} Ch. F) RG 2013/AR/1830, 25 octobre 2018
Note: L'exception de juridiction fondée sur une convention d'arbitrage : un *momentum* à respecter
(Maxime Berlingin)
- Brussel (1^e k.) 2015/AR/208, 28 november 2017 en 11 september 2018
Noor: De aansprakelijkheid van de arbiter: welke lessen te trekken?
(Luc Demeyere)
- Comm. Hainaut (div. Tournai) (3^e ch.), A/16/00637, 21 décembre 2016
- Kh. Antwerpen (afd. Hasselt) (4^e k.) A/16/02442, A/15/03687, 13 juli 2017
Note: Arbitrability of exclusive distributorship agreements with application of foreign law confirmed by Belgian courts after the reform of the Belgian arbitration law of 2013
(Herman Verbist & Johan Erauw)

Book reviews/Recensions/Boekbesprekingen/Buchbesprechungen

- R. Willhelmi, M. Stürmer, Post-M&A-Schiedsverfahren – Recht und Rechtsfindung jenseits gesetzlicher Rechts *Signard Jarvin*



ISBN 978-90-665-9447-6

EPANI

The Belgian Centre for Arbitration and Mediation
Le Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation
Het Belgische Centrum voor Arbitrage en Mediatie
Das Belgische Zentrum für Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation